000085/2016

Comodoro Rivadavia, de julio de 2016.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"M., O. A. c/ O., M. B. s/ MEDIDA CAUTELAR", Expte. N° 85/2016,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Familia N° 3 (Expte. N° 879/2014).

I.- Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y estudio de esta Alzada, por haber interpuesto el actor a fs. 130 recurso de apelación contra la sentencia interlocutoria Nº 106/2015 obrante en fs. 122/126, que resuelve rechazar la medida cautelar solicitada por el accionante a fs. 14/17 en relación al niño D. E. M., manteniendo el cuidado personal compartido acordado y la residencia del niño en el hogar materno, disponiendo además un régimen de comunicación entre el actor y su hijo y también con los hermanos de D. Elián, para cuya modalidad, se dará intervención al ETI, a fin que diseñe

el más conveniente al interés superior del niño.

En su memorial de fs. 132/138vta., el recurrente se agravia en primer lugar respecto del argumento de la magistrada que tiene en cuenta que el niño D. siempre ha convivido con su progenitora, especialmente después de la separación y hasta la actualidad. Considera que la afirmación carece de fundamento fáctico toda vez que los acuerdos celebrados no siempre son observados por las partes y son un piso mínimo, no resultando cosa juzgada pues las circunstancias pueden mutar. La homologación de acuerdos no puede ceñir de verosimilitud una situación, cuando la misma pudo haberse modificado con el simple paso del

tiempo. Resulta un equívoco afirmar que el cuidado personal de D. siempre estuvo a cargo de la Sra. O. El acuerdo se realizó en esta ciudad antes de que la Sra. O. formalizara su proyecto de vida en Sierra Grande. D. vivía en esta ciudad y estaba a cargo de la madre y en su franco lo retiraba y permanecía a su cargo por el término de seis días. Fundó su requerimiento en su mayor idoneidad como progenitor para el cuidado de su hijo.

Le agravia la conducta del magistrado con relación a los informes del ETI, toda vez que debió apartarse de la postura intransigente sugerida por el auxiliar de justicia, quien considera que no hay una modificación del status quo siempre que se encuentre el niño con su progenitora, aunque ello implique mudar de provincia, avalando así una vía de hecho ilegítima de privación del niño de su centro de vida. Disiente con esta postura pues D. requiere de la participación activa de ambos progenitores para su desarrollo y fortalecimiento de sus lazos familiares con sus otros dos hermanos.

Afirma que la actitud del Equipo Técnico Interdisciplinario en cuanto a tomar únicamente en consideración los dichos de la Sra. O. y señalarlos como una verdad certera, le causa un gravamen irreparable toda vez que deja de lado el punto de vista del progenitor y se efectúa una errada distinción por género, avasallando el principio de igualdad entre los progenitores y el principio de tutela judicial efectiva. Considera que la idoneidad debe ser apreciada teniendo en cuenta un cumulo de circunstancias y actitudes que permiten estimar el real interés respecto de la crianza.

El rechazo de su requerimiento de

modificar el cuidado personal, impide que el progenitor pueda asumir el cuidado de D. conforme lo viene haciendo, priorizando a la madre por sobre el padre y prevaleciendo el interés del adulto por sobre el del niño. Peticiona se haga lugar a su requerimiento de que ejerza el cuidado personal del niño D. E. con residencia habitual en el domicilio paterno en la ciudad de Comodoro Rivadavia, toda vez que el mismo posee su centro de vida en esta ciudad, habiendo modificado O. el status quo existente al trasladarlo por tiempo indeterminado a la ciudad de Sierra Grande en forma unilateral, inconsulta y bajo mentiras lo que no puede ser convalidado. Cita jurisprudencia. Peticiona se revoque la resolución impugnada.

II.- De los antecedentes del proceso, surge que a fs. 14/17 el actor O. A. M. promueve medida cautelar de restitución de persona y responsabilidad parental exclusiva provisoria y hasta tanto se determine el progenitor más idóneo para hacerse responsable de la crianza, cuidado y protección de D. E. M., solicitando se ordenen las medidas necesarias a fin de intimar a M. B. O. a restituir al niño a esta ciudad, habiéndolo trasladado sin consentimiento y a peticionar la responsabilidad parental exclusiva provisoria del niño a su favor, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

Relata que el 01 de noviembre de 2014 la demandada partió de vacaciones a Sierra Grande con su hijo menor por unas semanas y al no regresar fue informado por su madre que la misma había contraído matrimonio en esa ciudad y allí residía. No consiente el traslado de su hijo y peticiona su inmediata restitución a esta ciudad. Solicita asimismo se le

otorgue la responsabilidad parental exclusiva provisoria de D. hasta tanto se dirima la cuestión de fondo. Funda en derecho y ofrece prueba.

A fs. 20 la magistrada, a fin de contar con mayores elementos para resolver, corre traslado a la progenitora y da intervención a la Asesora de Familia. A fs. 29 se señala audiencia conciliatoria, la que se desarrolla el 09/02/2015 según constancia de fs. 36, en la que luego de exponer cada parte una solución al conflicto no se llega acuerdo, ordenando la jueza la intervención del ETI.

A fs. 41 se glosa informe del Equipo Técnico, donde se exponen las conclusiones de las entrevistas con las partes, estimando que en principio el cambio de lugar de residencia del hijo menor no debería implicar una modificación de esta situación, siempre que se garantice el fluido contacto de D. con su padre y hermanos, con la asiduidad que la distancia geográfica y las posibilidades de los progenitores lo permitan.

A fs. 47 la Sra. Asesora de Familia peticiona se fije nueva fecha de audiencia conciliatoria y se escuche al niño, acto que se desarrolla en fs 58 y en fs. 59 los padres no llegan a acuerdo alguno.

A fs. 61 contesta la nueva vista conferida y entiende que no obran elementos que ameriten modificar la estructura familiar que hasta el inicio de estas actuaciones acordaron los progenitores.
Peticiona la realización de un informe socio ambiental en el domicilio de Sierra Grande, atento que el progenitor se opuso por cuanto el mismo no garantizaba las condiciones necesarias para el desarrollo integral

de su hijo, por el espacio, cantidad de personas que allí residen y estado del mismo.

A fs. 86/86vta. se glosa informe socio-ambiental N° 719/2015, el que es realizado en esta ciudad el 31/08/2015, y en el que se deja constancia que M. vive en la casa materna en un departamento cedido por sus padres junto a su hijo menor. Al momento de la entrevista se encontraba en el hogar su hijo mayor G.. Se deja constancia que D. asiste al jardín de infantes 172 en el turno tarde. Que contrajo matrimonio con Q. en noviembre de 2014 y que su marido trabaja en una minera hace dos años en aquella ciudad. O. proyecta radicarse en Sierra Grande junto a D. y su marido una vez que finalice el trámite, donde han comprado un terreno para edificar la casa. La comunicación con Morales se desarrolla sin inconveniente, pudiendo acordar el contacto con los hijos entre ambos progenitores. Se evalúa que D. se encuentra dentro de un ámbito familiar que le ofrece protección y cuidado, encontrando dentro de esta dinámica familiar rutinas establecidas de relacionamiento entre sus padres y figuras adultas afines de manera favorable para su desarrollo.

A fs. 120/120vta., la Sra. Asesora contesta la vista conferida y considera que no se encuentran reunidas las condiciones para hacer lugar a la medida requerida por el progenitor del infante, teniendo en cuenta los informes incorporados a la causa y lo actuado en las audiencias desarrolladas.

Mediante sentencia interlocutoria N° 106/2015 obrante en fs. 122/126, la jueza resuelve rechazar la medida cautelar solicitada por el

accionante e insta a las partes a dar cumplimiento al régimen de comunicación que finalmente se disponga, absteniéndose de realizar conductas que lo obstaculicen, como así también a canalizar por la vía terapéutica que corresponda los conflictos de comunicación de la Sra. O. con sus restantes hijos menores de edad.

Como fundamento de su decisión, la jueza entiende a fin de resolver la medida cautelar, que no se advierten en el caso fundamentos de convicción que permitan inferir en este momento del ciclo vital de D., la conveniencia de un cambio en el status quo o situación preexistente del niño. Tiene en cuenta los informes brindados que dan cuenta que el cambio sería inconveniente y sugieren la continuación de la residencia en el domicilio materno, bajo los cuidados de la progenitora. Valora los dichos del niño, quien le manifestó su opinión.

La resolución fue impugnada con los alcances vertidos en el punto I. precedente.

Corrida vista a la Sra. Asesora en esta instancia, se expide en fs. 152/152vta. Considera que no se acreditaron las condiciones para aceptar la medida requerida por el progenitor del infante, por lo que entiende teniendo en cuenta los antecedentes y constancias obrantes en las presentes actuaciones, que se encuentran reunidas las condiciones para que se confirme la sentencia dictada.

III.- Así sintetizados los antecedentes de la causa, y entrando al análisis de la cuestión traída a resolver, hemos de señalar que las medidas cautelares en materia de cuidado personal de menores, debe

contemplar muy especialmente el *mantenimiento del estado de cosas mientras dure el proceso,* salvo que circunstancias extraordinarias aconsejen apartarse de esa solución (Jorge L. Kielmanovich: "Derecho Procesal de Familia", p. 239, Abeledo Perrot 2007).

De los hechos expuestos por el actor, desarrollo de las audiencias en autos, no surge que existan situaciones de riesgo para el niño. En virtud de ello y toda vez que la decisión que pretende el recurrente, implica modificar la situación de hecho existente, que sólo sería viable cuando medien razones de extrema urgencia prima facie justificadas, que no es el caso de autos, resulta insuficiente el argumento de que se privilegia el interés del adulto por sobre el del niño.

Los agravios del recurrente se fundamentan únicamente en autodenominarse como progenitor mas idóneo para la crianza del niño. Se advierte que sus críticas adolecen del mismo defecto que endilga a la resolución cuestionada, cual es el interés del adulto por sobre el interés del niño.

Merece destacarse asimismo, que no se advierte la existencia de gravamen irreparable en la decisión impugnada, toda vez que el peticionante en resguardo de los derechos que dice son vulnerados, puede promover las acciones principales correspondientes.

Por último, respecto a la vulneración de los derechos del niño, basta recordar que doctrina calificada ha expresado que: "La voluntad o deseo de los progenitores o sus sustitutos debe ceder ante lo que resulta más conveniente para el niño o el adolescente, persona a la cual afectará la decisión jurisdiccional

(Grossman: El derecho infraconstitucional y los Derechos del Niño, ps. 326 y ss).

"Resulta pertinente señalar que la responsabilidad parental difiere del antiguo concepto de patria potestad, en el sentido que ya no se trata de la idea de los hijos como objeto de protección, sino como sujetos de derecho en desarrollo, inmersos en una realidad que se sustenta en el principio de democratización de la familia y de la concepción de los niños en calidad de sujetos plenos de derechos. Este concepto a la vez se basa en el art. 5 de la CDN que alude en primer término a las `responsabilidades´ de los padres y más aún en el 12 ámbito nacional al art. 7 de la ley 26.061 que se refiere a la `responsabilidad familiar´; términos y conceptos que recoge el CCCN en plenitud." (Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Dolores, 15/10/2015, Causa 94.748).

No escapa a este Tribunal que de acuerdo a las constancias obrantes en la causa, existe una problemática familiar que deberá ser abordada en forma conjunta entre ambos progenitores.

En cuestiones como la de autos, el referido interés es el que debe prevalecer por sobre cualquier otro, debiendo ser respetado el statu quo adquirido a fin de no ocasionar un perjuicio mayor que podría configurarse al llevarse a cabo un cambio abrupto e injustificado en su cotidianeidad (arts. 1, 2, 9, 18, 19 CDN).

Sin perjuicio de lo expresado hasta aquí, cierto es que la circunstancia en que debe decidirse nos enfrenta con un dilema. Ello pues, el traslado del menor junto a la madre a la ciudad de Sierra

Grande se materializó hace más de un año y medio. No escapa a los ojos de esta Alzada que el proceder materno es altamente reprochable, los progenitores habían acordado la responsabilidad parental compartida (fs. 9) y si en tal situación la madre del niño decidió unilateralmente mudar su domicilio junto a éste sin comunicarlo al padre –ver audiencia fs. 36- es que nada ha entendido en relación con los alcances del instituto, ello más allá de los derechos que puedan asistirle en forma personal desde luego para encarar un nuevo proyecto de vida y formar una familia.

Ahora bien, a esta altura, retrotraer las cosas y ordenar el regreso del niño a esta ciudad entendemos causaría mayor perjuicio y es en miras a su interés superior que debe resolverse, sin que ello justifique de modo alguno la conducta que observara la madre. Es en tal contexto que debe también cargar con la responsabilidad que sus actos han generado, y sin bien no se dispondrá el retorno del menor a esta ciudad, a efectos de garantizar el debido contacto entre el niño y el progenitor no conviviente se ordenará que la madre Sra. M. B. O. deberá traer al niño, bajo su exclusivo costo y cargo, como mínimo un fin de semana al mes a la ciudad de Comodoro Rivadavia, el que deberá coordinar previamente con el Sr. O. A. M., de modo que el hijo menor comparta con éste íntegramente dichos días residiendo con el mismo. El cumplimiento de la manda que aquí se establece deberá ser acreditado en autos por ambas partes, bajo apercibimiento de revisar el régimen de cuidado personal.

En conclusión, teniendo en cuenta los

antecedentes de la causa, naturaleza, objeto, la insuficiencia de los elementos acompañados por el actor a la luz de la gravedad de la medida pretendida y el interés superior del niño que predomina, será rechazado el recurso de apelación interpuesto en fs. 130, confirmándose la sentencia interlocutoria N° 106/2015, con los alcances expuestos precedentemente.

IV.- Costas de la alzada por su orden (art. 69 CPr.). A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta el resultado obtenido y la relación entre la gestión profesional y la probabilidad de efectiva satisfacción de la pretensión reclamada y las pautas de los arts. 13 y 26 de la Ley XIII N° 4 modif. N° 15 Digesto Jurídico.

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 130 y confirmar la sentencia interlocutoria N° 106/2015 de fs. 122/126.

2) Ordenar a M. B. O. a traer al niño, bajo su exclusivo costo y cargo, como mínimo un fin de semana al mes a la ciudad de Comodoro Rivadavia, el que deberá coordinar previamente con el Sr. O. A. M., de modo que el hijo menor comparta con éste íntegramente dichos días residiendo con el mismo, conforme considerando respectivo, bajo apercibimiento de revisar el régimen de cuidado personal.

3) Costas de la alzada por su orden

conforme considerando respectivo. Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a la Dra. A. A. de T., en el 25% de los regulados por su actuación en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiere.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara por encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y existir concordancia en la solución del caso (Ley V N° 17 Digesto Jurídico Chubut).

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2016

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS